Dissertatio Juridica

DE

SUBTILITATIBUS QUORUNDAM JURIUM,

Von Juristischen Gryllen und Subtilitäten/

QUAM

SUB PRÆSIDIO

VIRI Nobilissimi, Amplissimi & Consultissimi

DN. CONRADI LUDEKINGII,

J. U. D. & Profess. Ordin. Celeberr.

Publico Eruditorum Examini submittere voluit

CHRISTIANUS EDMUNDUS PAULI,

Lüda-Paderborn.

RINTHELII,

Typis HERMANNI AUGUSTINI ENAX, *Acad. Typogr.*

Anno 1703.

229

Prooemium.

QUamvis subtilitates jurium, quæ ad simplices decipiendos tendunt, atque in perniciem ducunt, juxta præceptum JCti in *l.* 8. §. 16. *ff. Quib. mod. pign. solv.* non sint admittendæ, siquidem ita subtilizare nihil aliud est, quàm perniciosè errare, *dicente ita Cothmanno vol.* 2. *resp. acad.* 89. *n.* 110. cum sit optimum, non propriam verborum significationem servare, seu, uti alii legunt, scrutari, sed imprimis, quid disponens demonstrare voluerit *l.* 116. *de V. S. l.* 18. §. 3. *ff. de instr. & instr. legat.* Cum scire leges non sit verba earũ tenere, sed vim & efficaciam *l.* 17. *ff. de leg.* Unde potior sententiæ, quàm verborum ratio habenda *l.* 7. §. *fin. ff. de supell. legat.* Et si verba & intellectus discrepent, hic potius est sequendus *Donell. lib.* 1. *cap.* 13. *Brunnem. ad d. l.* 17. ne ex nimia subtilitate verborum voluntates contrahentium contra *l.* 1. *C.*

ut act. ab hæred. intervertantur, neque, dum nimiâ ſubtilitate & ſcrupuloſitate circa prætermiſſa conditionis verba utimur, voluntates teſtatorum defraudentur *l. 7. C. de inſtit. & ſubſtit. Weſ. vol. 2. conſ. 94. n. 9. Neviz. lib. 5. ſylv. nupt. n. 67.* tamen illæ ſubtilitates, quæ ad legum interpretationem nervoſam atque intellectum conferunt, earumque rationes conſtituuntur, non ſunt contemnendæ *l. unic. C. de. profeſſ. qui in urb. conſt. l. 2. §. 15. C. de veter. jur. enucl.* Unde illarum judices curam habere *l. 11. C. de judic.* illasque JCti, ne ipſorum ſcientia claudicare dicatur, noſſe debent *l. 13. C. de judic. Zaſ. in repet. l. 31. ff. de reb. cred.* Tales enim ſubtilitates nervoſæ atque reales ſunt magnum Dei donum, ab imperitis peritos diſcernens, teſte *Erneſtô Cothmanno vol. 2. reſp. acad. 99. n. 298.* Nullum enim diſcrimen erit inter doctum & indoctum, ſi ſubtilitates jurium ex finibus jurisprudentiæ expellerentur. Neque Jurisprudentiæ Doctores proclamari poſſunt illi, qui tales jurium ſubtilitates vel ipſi ignorant, vel in aliis quandoque reprehendunt: Neque JCtis totique peritorum ordini ſua conſtabit authoritas & dignitas, ſi ſubtilitatum Studium negligeretur. Atque de hiſce ſubtilitatibus, quæ in jure paſſim occurrunt, & ad legum interpretationem atque intellectum faciunt, hâc & ſequentibus Diſſertationibus breviter agetur: Tu itaque benigniſſime Deus eſto Principium, medium, atque terminus *Novell. 109. in princip.*

I. Pa-

I.

PActum in specie acceptum est duorum vel plurium in idem placitum conventio, destituta nomine & causâ *l. 1. §. 2. l. 7. §. 1. 2. ff. de pact.* Vel est conventio, mutuô consensu de aliquo præstando inita, destituta vi intrinsecâ civiliter obligandi. Et distinguiguitur in nudum, quod in simplicibus conventionis finibus subsistit, id est, quod fines & terminos placiti non egreditur, neque à traditione neque à stipulatione sumit effectum *l. 27. ff. locat. l. 15. C. famil. ercisc.* Indeque naturalem solùm, non civilem obligationem, seu actionem jure civili efficacem, cum intersit Reipublicæ, ne fora impleantur litibus, producit *l. 7. pr. & §. 4 ff. de pact. l. 10. l. 11. C. eod. l. 27. C. locat.* *Ex. grat.* Si inter nos convenerit, ut ego tibi meum equum, & tu mihi tuum bovem commodares ad opus faciendum: Vel ego tibi darem equum, ut mihi tabulam pingeres. *Vinn. tract. de pact. cap. 5. n. 1.* Et non nudum *d. l. 7. §. 4. l. 6. ff. de pact.* cui ultra simplices conxentionis fines vis aliqua civiliter ac efficaciter obligandi extrinsecus accedit: Et hoc rursus est vel Legitimum, vel Adjectum. Legitimum est, qvod vel Jure Civili in specie sic dicto, vel prætorio, singularem ob rationem confirmatur & adjuvatur, indeque vel obligationem & actionem producit, unde pactum promissorium seu obligatoriū, vel obligationem & actionem ipso jure tollit, unde liberatorium oritur *l. 6. ff. de pact.* Ubi ex illo oritus condictio ex lege *Nov. 162. cap. 1. §. 1. in fin. Ex. grat.* pactum promissorium est pactum de usurus civitatibus solvendis *l. 30. ff. de usur.* Quod ob favorem Reipubl. forte constitutum *Vinn. tract. de pact. cap. 4. n. 2.* Quamvis in foro apud Nos etiam privatis usuræ ex nudo pacto debeantur, sicuti quotidiana experientia testatur, ideoque nihil præcipui hodie Civitates in hoo

A 2 pun-

231

puncto habeant *Brunn. ad d. l. 30. Engelbrecht ad tit. de usur. n. 3.* Item Pactum donationis ex constitutione *Justiniani l. 35. §. ult. C. de donat.* Denique pactum constituti de pecunia debita, sive propria sive aliena, intra certum tempus citra stipulationem *§. 9. inst. de act. l. 1. & tot. tit. ff. de pecun. constit.* Ex quo datur jure prætorio actio constituti, cujus dandæ ratio non est, quod pactum sit geminatum, sicuti Dd. vulgò putant, sed quia, qui se soluturum constituit, agnoscit fidem prioris obligationis, eamque servari æquum est *Wiss. tit. de constit pecun.* Exemplum est in Epistola *Pauli* ad *Philem. v. 18. Si qua debitor tibi est, τῦτο ἐμοὶ ἐλλόγει, mihi imputa, ego dependam.* Ubi *Paulus* per epistolam se constituto obligât *Philemoni* pro servo *Onesimo*, de quo *vid. Wiss. d. l.* Liberatorium est, ne quis injuriarum vel furti agat, quô ipso jure tollitur actio *l. 17. §. 1. l. 27. §. 2. 4. ff. de pact.* Qualia pacta etiamnum subsistere latè probat *Dn. Licentiatus Berisch, Advocatus jam Cassellæ celeberr. in sua Diss. inaugurali concl. 1.* Pactum adjectum est, quod in se quidem nudum, sed vim producendi obligationem & actionem à nominato contractu, cui in continenti additum cohæret, lege ita disponente participat *l. 6. l. 7. §. 5. ff. de pact. l. 13. comm. præd. l. 72. de contrah. emt. Suthols. diss. 12. §. 55.* Pactum enim adjectum ratione essentiæ manet tale, siquidem illud non degenerat in contractum, sed virtus & efficacia illi solummodo communicatur, & ratione cohærentiæ parit actionem: Virtus enim illa operandi inest contractui immediate *ὡς πρώτως*, & tanquam subjecto primo, sed pacto inest *κατ' ἄλλο*, mediante contractu, à quo hanc formam mutuat, & accipit virtutem, & efficaciam operandi, dum contractui inest. Controvertitur autem de contractibus stricti juris, an etiam pacta insint à parte actoris, si in continenti adjiciantur? Et licet dissentiant *Struv. exer. 6. th. 28. Vinn. tract. de pact. cap. 10. & cap. ult. n. ult. aliique à Struvio* allegati, tamen Nos affirmativam amplectimur propter *l. 27. C. de pact. l. 52. de V. O. l. 13. ff.*

comm.

comm. prædior. l. 40.*ff. de reb. credit.* *Quam legem inter leges damnatas & in toto corpore Juris difficillimas referri in vulgus notũ est.* Quam quæstionem spinosam atque inutilem vocat *Brunnem. ad l.7.n.5.ff de pact.* *Quæ etiam latius explicabitur à Dn Præside in Diss. de Quæstionibus domitianis, quæ propediẽ lucẽ aspiciet.* Et quidẽ porro adjicitur contractibus pactum vel *in continenti*, quod scil. additur nondum contractu absolutô, vel quod perfectum contractum illicô subsequitur, seu, antequam à contrahendi actu ad alia digressi fuerint contrahentes *l.12.pr.ff.de duob.reis, l.7.§.5.ff.de pact.* Quamvis quidam asserant, pacta perfecto contractui non posse adjici, *primò* quia contractus, quando perfectus & absolutus est, non potest formam accipere à pacto adjecto, cum videatur contradictionem involvere, contractum esse perfectum & tamen ulterius perfici. Verùm hoc petit principium, & nulla est contradictio, cum non fiat *ὁμοίως*; Contractus non perficitur ratione essentiæ, quà talis (est enim in se perfectus) sed tantùm ratione voluntatis contrahentium. *Deinde*, quia in *l.5.C.de pact. interemt. & vend.* dicitur, quod illa pacta non sint ad agendum efficacia, quia non fiunt in initio. Verùm neque illa ratio stringit, siquidem illud, quod ibi dicitur *initia fieri*, opponitur ei, quod fit ex intervallo, & id saltem excluditur, sicuti aliàs etiam aliquid dicitur in ipso negotio fieri, quod statim perfectô negotiô peragitur *l.25.§.4.de acq.hæred.l.9.§.5.de auth.tutor.* Vel *ex invallo*, quando contrahentes ad alia negotia diverterunt vel quod post tempus Contractûs adjicitur, quod tempus impedit cohærentiam contractûs *d l.7.§.5.ff.de pact.l.72.ff.de contrah. emt.l.6.§.ult.de duob.reis.* Et porro utrôque modô aut adjicitur de substantialibus, aut de naturalibus contractuum. Quamvis enim natura interdum sumatur pro ipsa rei essentia seu substantia, non solùm quoad Philosophos, de quo *Svarez. tom.1,metaph.disp.15.sect.1.* sed etiam in jure nostro *d.l.7.§.5. ff.de pact. d.l.72.ff. de contrah. emt.* frequentius tamen substantialia Contractuum à Naturalibus secernuntur *l.11.pr.ff.de act.*

emt.

emt.l. 5.§.4.*ff. de praescript. verb. Suth. diss.* 13.*§.* 20. *Struv. exer.* 6. *th.* 23. Substantialia contractuum sunt, quæ ad ipsorum essentiem spectant, & sine quibus consistere nequeunt, sive essentiam constituant. *Ex grat.* Sicut in genere omnium conventionum substantiale est consensus *l.* 1.*ff. de pact.* & in specie in emtione & venditione consensus initus de certa re pro certo pretio tradenda §. 2. *inst. de emt. vendit. l.* 1. *l.* 2. *l.* 9. *l.* 36. *l.* 57. *ff. de contrah. emt.* Sive essentiam necessariò consequantur, sicuti in genere omnium conventionum consequens est præstatio doli *arg. l.* 27. *§.* 3. *l.* 35. *ff. de pact. l.* 23. *de R I.* & in specie in emtione venditione traditio rei & pretii numeratio *§.* 1. *inst. de emt. vendit.* §. 42. *inst. de rer. divis. l.* 86. §. *ult. de contrah. emt.* Naturalia contractuum sunt, quæ contractibus, etsi non exprimantur, secundum ipsam legis dispositionem regulariter insunt, conventione tamen partium abesse vel mutari possunt *l.* 11. §. 1. *de act. emt. Ex. grat* Evictionis præstatio *d. l.* 11. *§.* 2. & præstatio latæ, levis & levissimæ culpæ secundum cujusque contractûs indolem *l.* 23. *de R. I. l.* 5. §. 2. *ff. commod.* Accidentalia, seu conventionalia denique sunt, quæ præter essentiam contractûs, aut contra ejus naturam regularem conventione singulari adjiciuntur, & quibus illius natura augetur, vel minuitur *d. l.* 11. §. 1. *de act. emt. d. l.* 7. §. 5. *ff. de pact. Ex. grat.* Si res emtori locetur, donec pretium solvat. Quibus omnibus præsuppositis pactum circa substantialia adjectum, aut est contra jura, &, sive in continenti, sive ex intervallo accesserit, pro non adjecto habetur *l.* 27. *§.* 3. *ff. de pact. l.* 29. *§.* 3. & 4. *ff. pro soc. Ex. grat.* Ne dolus præstetur *d. l.* 27. *§.* 3. & 4. secus de dolo præterito *Finckelthaus obs.* 80. *num.* 22. Item non valet pactum, ne ob ingratitudinem donatio revocanda, quia invitaret ad delinquendum *Carpzov. p.* 2. *decis.* 123. *num.* 5. Licet dissentiat *Dn. Engelbrecht. in compend. sua jurisprud. tit. de donat. th.* 32. *pag.* 615. Aut juri non contrariatur, & tunc vel in continenti vel ex intervallo est adjectum. Et quidem illud fit triplici modô: Aliud enim est con-

contra ſubſtantiam, quod ita transformat contractum, ut alius planè contract⁹ inducatur *l. 6 §. 1. ff. de act. emt. l. 80. §. ult. de contrah. emt. §. ult. inſt. mandat. Ex. gr.* Si in depoſito, commodato & mandato convenerit, ut merces præſtetur, tunc fit locatio conductio *Vinn. cap. 9. n. 9.* Item natura emtionis eſt, ut merx & pretium, & locationis, ut merces & uſus rei inter ſe commutentur, ſed ſi convenerit, ne merx aut pretium detur, eſt donatio. Aliud eſt præter eſſentiam, quó contractus quidem alteratur, ſed alius contractus non conſtituitur *Ex. grat.* Si quis pecuniam hac lege depoſuerit, ut depoſitario uti liceret, & ut præſtaret uſuras: Hæc enim conventio, licet excedat modum depoſiti, non tamen efficit, ut res in alium contractum abeat *l. 24. l. 26. §. 1. ff. depoſit.* Ita etiam natura depoſiti conſiſtit in eo, ut depoſitum ad lubitum deponentis quovis tempore ſine ullo obſtaculo reſtituatur *l. 11. C. depoſit.* poteſt tamen pactum de certo tempore ſalvâ contractus ſubſtantiâ, cum in alium contractum non degeneret, adjici *l. 1. §. 22. ff. depoſit.* Quamvis deponens per illud ſimpliciter non adſtringatur, ſed voluntatem ſuam mutare poſſit *l. 1. §. 45. ff. depoſit.* Cum dies adjectus favorem depoſitarii non reſpiciat *l. 41. §. 1. ff. de V. O.* Aliud verò eſt ſecundum eſſentiam, quô id, quod eſſentiæ contractûs congruit, determinatur, & talis conventio valet. *Ex. grat.* Si in ſocietate conventum, ut ad unum duæ partes & lucri & damni pertinerent, & ad alium tertia *§. 1. inſt. de ſociet.* Ex intervallo ſi adjiciatur, tunc intereſt, an res adhuc ſit integra, vel non: Ubi priori caſu, (qui tamen in ſolis contractibus conſenſualibus locum habere poteſt) perinde eſt, ac ſi novus contractus ineatur *l. 7. §. 1. & 6. ff. de pact. Ex grat.* Si in emtione venditione perfecta de pretio augendo vel minuendo conveniatur, quod pactum tam actori, quàm reo prodeſt, & reformat contractum, eſtque nova emtio *Hahn. tit. de pact. verb. cum inſunt.* Sed poſteriori caſu retinet naturam nudi pacti, adeoque non operatur actionem, ſed ſo-

solùm exceptionem, si detrahens fuerit, seu minuens ejus obligationem, qui convenitur *l. 58. ff. de pact. l. 41. eod. Ex. grat.* Si post emtionem perfectam, & ex intervallo convenerit, ne venditor cautionem duplæ præstaret: Hæc pactio, quamvis ex intervallo interposita, tamen contractu continetur, & vires habet jure exceptionis, si emtor ageret de cautione præstandâ *l. 72. de contrah. emt.* Quod si ab initio in venditione convenerit, ne cautio duplæ præstetur, tutus erit venditor ipso jure *Vinn. d. cap. 9. n. 4.* Item si in emtione perfecta & merce tradita conveniatur, ut res nunc minoris sit vendita, tunc emtor de pretio conventus habet exceptionem pacti de minus solvendo, verum illud actori non prodest. Deinde pactum circa naturalia seu adminicula in continenti adjectum ita in est contractui, ut ipsam naturam contractûs afficiat, augeat vel minuat *d. l. 7. §. 5. de pact. l. 13. C. eod.* adeoque inde ex illo contractu, cui adjicitur, actio & exceptio datur *l. 7. §. 5. de pact. Ex grat.* Si conventum, ut periculum & casus fortuitus præstetur, vel culpa levis vel levissima in contractu, qui latam tantum vel levem recipit. Item venditor emtori cavere tenetur nomine evictionis, non tamen datô fidejussore, sed sufficit regulariter nuda repromissio *l. 37. l. 56 ff. de evict.* Si tamen in continenti convenerit, ut propter evictionem satisdaret venditor, wahr Bürgen daret, tunc hoc pactum format contractum, id est, legem dat contractui, ut satisdetur, & format ipsam actionem, id est, facit, ut actio ex emto detur, & porrigatur ad id, quod pacto comprehensum, atque ut emtor possit judicio emti cum venditore experiri, eumque compellere, ut evictionis nomine det fidejussorem *l. 4. l. 37. de evict.* Ergo una tantûm actio, nempe contractûs, ex pactis, quæ in continenti contractibus adjiciuntur, competit, quia 1. in *l. 7. §. 5. ff. de pact.* pactum adjectum dicitur formare actionem, & contractui in esse. Jam verò, quicquid informat contractum, imò inest ipsi contractui, illud etiam eandem cum contractu producit

actio

actionem. Atqui pactum adjectum format contractum & inest contractui, Ergo. *Deinde* actio præscriptis non concurrit cum actione ipsius contractûs, quia illa est subsidiaria, nec datur, nisi deest ordinaria, *l.* 1. 2. *& 3. ff. de præscript. verb. Tertio* hæc actio P.V. non datur, nisi ex contractu innominato. Quamvis alii statuant, duas actiones competere, unam veterem ipsius contractûs, & alteram novam, præscriptis verbis ex pacto descendente, qui (1.) adducunt *l.* 2. *C. de pact. inter emt. & vendit.* ex qua apparet, ex pacto in continenti contractui adjecto oriri duas actiones, præscriptis verbis & ex vendito. Verùm quidam respondent, quod in *dict. l.* 2. particula *vel* sit correctoria, quæ tamen responsio non omnibus placet, quapropter *Vinnius* dicit, hoc pueros credere, viris autem hoc persuaderi non posse. Unde quidam rectius putant respondert, quod in *d. l.* 2. simul involvatur contractus innominatus, do tibi pecuniam, ut facias restitutionem: Quod idem respondent ad *l.* 12. *ff. de præscript. verb.* (2.) proponunt *l.* 7. §. 5. *& 6. ff. de pact.* ubi dicitur actio nasci ex pacto in continenti adjecto. Verum respondetur, quod illa actio non nova, sed saltem sit informata *vid. Struv. exer.* 6. *th.* 27. Ex intervallo autem adjectum non ita inest contractui, ut ejus naturam immutet, ejusque vim participet, & actionem formet, sed retinet naturam nudi pacti, & exceptionem parit, modò fuerit detrahens *d. l.* 7. §. 5. *ff. de pact. Ex. grat.* Quando conventum ex intervallo, ne venditor de evictione teneretur ubi, si emtor agat, opponit ipsi venditor exceptionem pacti *Vinn. d. cap.* 9. *num.* 2. *Struv. exer.* 6. *th.* 25. *& exer.* 23. *th.* 25. *Franz. tit de contrah. emt. n.* 34. *Bachov. ad prim. part pandect. tit. de pact sub rubr. de pact. adject.* Interim hodie tales scrupulositates juris nostri cessare putamus, nec multùm in foro attendi, cum ex pactis qualicunque tempore interpositis hodie dentur actiones *Struv. d. exer.* 6. *th.* 17. *Dn. Engelbrecht tit. de pact. th.* 49. *& 52.* Unde etiam illud, quod Doctores magno consensu docent, pactum scilicet de retrovendendo, ut

ipso jure resolveret contractum, opus esse, ut in continenti, non ex intervallo, adjiceretur, vix in nostro foro obtinere putamus. Cur enim ex intervallo ita non posset conveniri, & tale pactum resolutorium post aliquod tempus, vel sub certa conditione addi, cum, uti dictum, hodie & nostris moribus ad simplicitatem juris gentium deventum sit & notoriè ex pactis de re certa deliberatò animo initis detur actio, condictio scilicet ex lege seu ex moribus *l. uniç. C. de condict. ex lege Carpzov. p. 2. c. 19. d. 17. Vinn. cap. 7. n. 4. 5. & 6. Habn. tit. de pact. n. 9. verb. jure pontificio. Brunnem. ad 72. ff. de contrah. emt.* Denique pacto liberatorio quandoque etiam subjicitur pœnæ stipulatio, quo casu quidem exceptio pacti concurrit cum actione ex stipulatu, quia conventio liberatoria per stipulationem pœnalem sequentem non novatur, seu stipulatio pœnæ non videtur novasse conventionem præcedentem, sed alterutrâ tantùm agendum est: Nam si utaris exceptione, à stipulatione pœnæ eum liberare oportet, si ad pœnam agas, non uteris exceptione, nisi addita clausula: rato manente pacto: *l. 10. §. 1. ff. de pact.* Verùm etiam hoc pertinere ad subtilitates inanes putamus, quia non videmus, cur non conventus hodie exceptione pacti uti, & ad pœnam reconveniendo agere possit, cum hodie per stipulationem pœnæ nulla inducatur novatio *l. fin. C. de novat.*

II.

Jus nostrum non patitur, inquit *Pomponius*, eundem in paganis testatò & intestatò decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugnam esse *l. 7. de R. I.* quasi hæc duo, testatus & intestatus, naturaliter inter se pugnent, tanquam ajentia & negantia, & propterea eidem inesse, aut de eodem subjecto ex regula logicorum de oppositione verè pronunciari non possint. Et quidem verum est, quod sine pugna rerum naturali dici non possit, unum atque eundem in totum aut secundum eandem partem & testatum & intestatum decessisse, sed neutiquam lex prohibet oppositionis & naturali ratio

ratio, eundem testatum & intestatum decessisse non secundum idem, sed secundum diversas partes. Verùm, ut hic quoque pugna sit, & ne quis ex parte testatus obeat, sed ille, qui solus in parte institutus sit, is nihilominus in integrum assem potestate juris vocetur §. 7. *inst. de hæred. inst. Struv. exerc. 33. th. 7.* Etiamsi testator prohibuerit, ne pars aliqua ei accrescat *arg. l. 7. ff. de R. I. l. 55. de legat. 2.* quia nemo sine observatione legum testamentum condere potest *l. 4. ff. qui testam. fac. poss. l. pen. §. 2. de castr. pecul.* unde testator nullâ cautione efficere potest, ut contra regulam Juris Civilis dissimiliter ei succedatur & ex testamento & ab intestato *Suth. diss. 8. §. 19. Vinn. ad §. 5. inst. de hæred. instit. n. 5.* illud non efficit naturalis ratio, sed sola subtilitas Juris Civilis *Brunnem. ad l. 2. C. de mil. testam. Guilhelm. Grot. de princip. jur. nat. cap. 2. §. 3. & Hugo Grot. de J. B. & P. lib. 2. cap. 12. §. 26. num. 2. in fin.* qui cum fratre idem cornu inflat, statuendo, ex sola juris Romani subtilitate dependere, per quam hæres fingitur repræsentare & sustinere personam defuncti: Quæ repræsentatio, sicuti est totius personæ, ita etiam totalis: atque sicuti est unus, ita etiam uniformis esse debet, hoc est, sicuti defunctus pro parte represéntari non debet, ita nec debet repræsentari per hæredes diversi generis partim ex testamento & partim ab intestato, sed quisque hæres est, debet in totum subire locum & vicem defuncti, illumque repræsentare unô ac simplici successionis genere, vel in totum ex testamento, vel in totum ab intestato. In summa nemo potest partim existere, partim non, ita nec hæredes partim tales, partim non *vid. Dn. Engelbrecht ad tit. de acquir. vel omitt. hæred. th. 11. pag. 519.* Unde vox naturaliter in *d. l. 7. ff. de reg. jur.* Ubi *Pomponius JCtus* dicit; *Jus Romanum non pati, eundem in paganis & testato & intestato decedere*, & addit, *naturaliter inter se pugnam esse:* posita est pro eo, quod passim est moris recepti, sicuti idem *Pomponius* dicit *in l. 16. §. 4. ff. de min. & l. 22. §. ult. ff. locat. In pretio emtionis & venditionis natu-*

raliter licere se mutuò circumvenire vid. Ames. de conscient. lib. 5. cap. 24. num. 31. Card. Mantic. de tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 20. num. 53. Didac. Covarr. var. resol. lib. 2. cap. 3. num. 2. Quomodo etiam apud Apost. *Paul. 1. Corinth. 11. v. 14.* dicitur ipsa natura docere, viro turpe esse, comam alere, quod tamen naturæ sociali non repugnat, & apud multos populos usitatum est: Et idolorum cultores naturâ vanos appellat Scriptor libri *Sapientiæ 13. v. 1.* Sicuti etiam capiendum *Ulpiani* illud in *l. 24. ff. d. stat. hom.: Lex naturæ hæc est, ut, qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur,* id est, lex consvetudinis generalis, ab aliqua ratione naturali ducta, quia scilicet Romani & multæ aliæ gentes volebant, nullam esse rationem cognoscendi partûs, nisi per nuptias *Bernhardus Schultz, Profess. qondam in hac Acad. celeber. postea in Acad. Chilon. Pro-Cancell. graviss. in Diss. non occides th. 1. Grot. lib. 2. c. 5. num. 29. & lib. 2. c. 27. n. 5.* Dependet itaque illa regula *in d. l. 7. de R. I.* ex sola Juris Romani subtilitate, & solis Romanorum moribus, neque apud alios populos locum habet, ac nequidem apud ipsos Romanos in testamentis militum *l. 6. ff. de testam. milit. §. 5. inst. de hæred. instit. d. l. 7. de R. I. Struv. exer. 34. th. 7.* Planè etiam casus potest emergere & illud fieri, ut, qui ab initio in totum testatus decessit, testamentum etiam quoad institutionem solum pro parte rescindatur, & ita ex accidente & post facto per sententiam judicis pro parte intestatus vi ipsa efficiatur, & hæredi scripto portio emolumenti auferatur per querelam inofficiosi testamenti: *Ex. grat.* Si filius contra duos hæredes expertus unum vicit, & ab altero superatus est *l. 15. §. 2. ff. de inoff. testam. ibique Brunnem. num. 4.* Similiter si frater plures hæredes instituerit, & illorum unus sit turpis persona, tunc cæteris fratribus exclusis non contra omnes hæredes, sed adversus turpem personam, & quoad illius personam querela datur *l. 24. ff. de inoff. testam. ibique Brunnem. Struv. exer. 10. th. 23.*

III.

Actio ad exhibendum est actio civilis, personalis, (quia petitur factum, scilicet exhibitio *l. 17. ff. ad exhib.*) in rem scripta (quia competit contra quemcunque possessorem *l. 3. §. fin. ff. eod. Suth. diss. 18. §. 9. Suedevv. ad §. 1. de act. n. 10.*) arbitraria (quia, si exhibere nolit per contumatiam, juratur contra illum in litem *l. 5. C. ad exhib. l. 5. de in lit. jurej.*) quæ cuilibet interesse justum & pecuniarium prætendenti datur adversus quemcunque, qui exhibendi copiam habet, ut rem mobilem in eadem causa & cum omni causa exhibeat, ejusque videndæ, & apprehendendæ, & postea experiundi potestas fiat *l. 2. l. 3. §. 9. ff. ad exhib. §. 3. inst de offic. judic.* Quæ procedit ex summa æquitate: Quid enim justius est, quàm ut mihi sine ullo tuo detrimento rem exhibeas, si fuerit mea, sin minus, nihil amittis exhibendo; Hoc itaque æquitas ipsa suggerit, etiamsi stricto jure (cum nimis Reo grave sit, arma, quibus impugnetur, actori subministrari *l. 7. C. de testib.*) destituamur, meritò igitur possessor obligatur ad exhibendum *Habn. tit. ad exhib. n. 2.* Quamvis *Bachov. tract. de act. disp. 2. th. 24.* statuat, non adeo errare eos, qui hanc actionem ad classem mixtarum pertinere dicant. Competit itaque illi, cujus interest non quovis modô, sed peculiariter, hoc est, ex speciali & proprio jure *l. 13. ff. ad exhibend.* Sive in rem quis sit acturus *Ex. grat.* rei vindicatione *l. 1. ff. eod.* Confessoriâ vel negatoriâ *l. 3. §. 4. ff. eod.* Servianâ *Gothofred. ad l. 3. §. 3. ff. eod.* Sive in personam *Ex. grat.* pignoratitiâ *d. l. 3. §. 1. 7. 9. l. 18. l. ult. ff. eod.* Licet impedimentum adsit, quo minus ante competat actio ex tali jure, modò competitura sit post factam exhibitionem *l. 6. l. 7. ff. eod. Ex. grat.* Si aliquis posuit meam gemmam in annulo suo, tunc illa non potest à me vindicari, tamen possum agere ad exhibendum, ut ab annulo separetur & excludatur, modô non sit tignum ædibus alienis junctum *d. l. 6. & 7. l. 23. §. 5. & 6. de R. V. Struv. exer. 15. th. 34.* Necesse tamen est, ut utroque tem-

tempore interſit, & quo litis fit conteſtatio, & quô condemnatio *l. 7. §. ult. ff. h. t.* Nam ſi intentio actoris tempore litis conteſtatæ eſt injuſta, tunc etiam actio eſt injuſta *Brunnemann. ad d.l.7. n.10. Ex grat.* Si amiſerim annulum, quem Cajus poſſidet, tunc poſſum inſtituere hanc actionem, quia meâ intereſt tempore litis conteſtatæ, quia annulus adhûc meus eſt, ſed ſi poſt litem motam vendiderim Sempronio; tunc mihi non competit amplius hæc actio, quia meâ nihil intereſt eô tempore, quô condemnatio fit. Competit contra poſſidentem & detinentem rem mobilem *arg. l. 2. ff. eod. l. 56. de procurat.* Licet interdum in rebus immobilibus locum habeat, ſi videlicet incognitæ ſint actori, ut qſ. exhibeantur per deductionem in rem præſentem *l. 8. ff. eod.* Frider. *Mindan. lib. 2. c. 6. num. 5. Hahn. tit. ad exhib. num. 5.* Quamvis *Struv. exer. 15. th. 33. illud ex d. l. 8. non probari dicat.* Interdum verò, ſi planè res non poſſit vindicari, & per conſequens hæc actio ceſſet, tamen ob æquitatem datur actio in factum *l. 3. §. pen. ff. ad exhib.* Ubi quæritur, an detur pro inſtrumento hæc actio ad exhibendum *Ex. grat.* Si tu poſſideas ſervi mei rationes? Et reſpondetur; aut illa charta eſt mea, in qua rationes ſunt ſcriptæ, & tunc datur hæc actio *l. 23. §. 3. de R.V.* aut non eſt mea, & tunc non datur hæc actio, ſed competit actio in factum, quam eandem eſſe cum utili ad exhibendum actione putat *Donell. lib. 14. comm. cap. 9.* Diſtinctas verò eſſe has actiones probari videtur *d. l. 3. §. pen. l. 9. § 4. in fin. ff. eod. l. 7. C. eod.* ubi tunc demum actioni huic in factum locus eſt, quando ad exhibendum agi non poteſt. Verùm hanc eſſe futilem juris ſubtilitatem putamus teſte *Brunnem. ad d.l.3. §. pen. n.26. ff. ad exhibend.*

IV.

Evincere in foro juridico reſtringitur ad contentiones rerum & negotiorum civilium, de quorum jure in judiciis agitur, & ſignificat rem ab adverſario legitimô titulô adquiſitam per judicium auferre & abducere *l. 22. §. 1. l. 57. pr.*

ff. de

ff. de evict. Et hoc sensu evictio consideratur vel *absolutè* & in se, prout talis est, vel *relatè*, quatenus à venditore est præstanda. Absolutè considerata est rei emtæ, seu ex alia justa causâ acceptæ, à vero domino vel alio, qui potius jus, quàm emtor, in illa habet, per sententiam judicis competentis facta abductio: Sed relatè considerata, seu evictionis præstatio, nihil aliud est, quàm venditæ rei ad instantiam domini, vel aliûs in ea potius jus habentis defensio,& in casu succumbentiæ pretii restitutio, ejusque, quod interest, compensatio & satisfactio à veeditore emtori præstanda, die Gewehr/ Gewehrschafft und Schadtloßhaltung eines verkaufften Guts. *Wehner. pract. observ.* Gewehr. Subjectum evictionis est vel activum vel passivum. Activum sunt emtores, vel alii, qui titulo oneroso res acquisiverunt horumque hæredes, qui in universum jus defuncti succedunt, ergo etiam ex illius persona, quam repræsentant, actiones exercere possunt, Passivum sunt personæ, quibus evictionis præstatio incumbit, sicuti venditores, aliique authores *Ex. grat.* permutantes vel in solutum dantes &c. eorumque hæredes *l. 9. l. 21. l. 24. C. de evict. l. 5. ff. eod.* Si proprio nomine alienent: Qui enim alieno nomine, aut ex necessitate officii vendunt, de evictione non tenentur *l. 49. ff. famil. ercisc.* quales sunt institores, procuratores, tutores, curatores, & creditores pignora distrahentes, quô casu emtores habent utilem actionem in principalem, nisi illi propriam fidem adstrinxerint. Modus verò & requisita ad præstandam evictionem sunt *primò*, ut res in judicio, id est, authoritate publicâ & judiciali, seu viâ juris & per modum processûs, sicuti Practici loquuntur, alicui aufferatur *l. 16. §. 1. l. 21. l. 34. §. 1. l. 5. ff. de evict.* *Deinde* ut sit evicta petitoris jure, & ex tali causa, quæ post contractum non accidat ipsi emtori *l. 1. C. de per & comm. rei vend.* *Tertiò* ut emtor litem motam venditori vel authori, à quo rem accepit, denunciet, quò is in judicio assistat & rem defendat, den angestellten Krieg Rechtens oder des verkaufften Guts An-

und

und Zuspruch ankündigen *l. 8. C. de evict. l. 29. §. ult. ff. eod. Struv. exer. 27. th. 28. 30 & 31.* Et quidem omnibus hæredibus denunciandum, ita, ut unus non audiatur, si pro sua parte hæreditariâ vellet defendere, quamvis quilibet pro sua portione hæreditariâ tantum solvere teneatur *l. 62. §. 1. verb. recteque cum ceteris ff. de evict. l. 85. §. 5. verb. sed unicuique l. 139. in fin. de V. O. Struv. exer. 27. th. 26. Engelbrecht ad tit. de evict. num. 4.* Interim tamen liberum est emtori, cujus res evicta, an venditoris hæredes simul, an seorsim quemlibet pro portione hæreditariâ convenire velit, quô posteriori casu litem omnibus denunciare non est necesse *vid. Nic. Wilhelmus Faber in sua disp. inaugur. sub Præsidio Excell. Dn. Zollii, Cons. Hass. & hujus Facult. Jurid. Sen. digniss. habita coral. 18.* Cum litis denunciatio in favorem evicti, & ad illum effectum requiratur, ne actor teneatur cum singulis hæredibus separato processu experiri, sed, si facta denunciatio, postea ex judicato, inter præsentes contra absentes agere possit *d. l. 62. §. 1. ff. de evict. Et ita etiam in hac Facult. Jurid. in anno* 1700. *die* 22. *Jan. versus Unnam in causa* Frantz Törcks Erben / *in specie* Eberhard Friederichs / Klägers / wieder Obrist-*Leutenant*, Johann Röels / Erben / *in specie* Burgermeistern Johann Dückern *judicatum est:* Daß Beklagter die ratione evictionis an die sämptliche Röels Erben prætendirte 262. Rthl. cum interesse alleine und in solidum zu bezahlen nicht gehalten sey; Es steht aber dem Kläger gestalten Sachen nach den Beklagten pro portione hæreditariâ diesfals zu besprechen frey. Præstatur verò evictio vel ex contractûs & alterius negotii natura quando nempe in contrahendo de restitutione pretii, & ejus, quod interest, nihil convenit, quæ propterea evictio tacita dicitur, indeque actio competens datur, quâ pretium rei petitur ex solutum, *Ex. grat.* ab emtore, (quod non ex tempore contractûs, sed evictionis æstimandum, ideoque augmentum & diminutionem recipit pro rei valore tum temporis, quô evincitur *l. 70. ff. de evict. Franz. comm. ff. tit.*

de

de evict. n. 861. nisi interim per alluvionem rei venditæ aliquid accrevit, ubi non evictionis, sed contractûs tempus inæstimando pretio inspiciendum *l. 15. l. 64. §. 1 ff. de evict. vid. Beckman diss. de evict. n. 189.*) & quanti interest, rem non esse evictam *l. 6. l. 9. l. 25. C. de evict.* Illud interesse describitur in *l. 13. rem. rat. hab. Quantum mihi abest, ut damnum & jactura, quantumque lucrari potui,* intrinsecè scilicet, & in re ipsa, seu omnis utilitas, quæ circa rem consistit *l. 21. §. 3. de act. emt. Ex. grat.* Hæreditas, partus ancillæ, fœtus animalium, fructus rei &c. Dicitur autem utilitas circa rem consistens, quæ liquida, certa & vera est, cui opponitur utilitas extra rem, quæ incerta, & quando nihil in actum deductum est, ex quo spes de lucro percipiendo stabiliri & firmari possit. Unde interesse non ex affectu, opinione & imaginatione emtoris præsumendum, sed ex eo, quod evidentem utilitatem & damnum affert, judicari debet *l. 1. §. 15. si quid in fraud. patron. l. 15. §. 7. Quod vi aut clam.* Quod *Burgundus tract. de evict. c. 89. n. 8.* tali exemplo declarat: Si pascua sint evicta, & emtor pecora, quæ in illis habebat, coactus fuerit distrahere, antequam essent succulenta, tunc hoc lucrum, quod jam percipi potuisset, non quidem apodicticè, tamen verosimiliter certum est, ideoque illius ratio haberi debet: Item si emtor, domô evictâ, cogatur aliò migrare non sine dispendio suæ rei familiaris, & mercedis vecturæ. Hoc itaqua primò, antequam interesse restituatur, emtor probare debet, & ostendere, ipsius naturam esse certam, hoc est, evictionem esse illius damni causam proximam, non remotam, *Ex. grat.* Si émissem equum, qui evictus est, & ego dicere vellem, me potuisse tantum per equum lucrari, tunc istius lucri extra rem consistentis non habetur ratio. Deinde debet probare, ut damnum non ex affectu, sed verè & ex eo, quod ipsi reverà abest, æstimetur *d. l. 13. rem. rat. haber.* Interim illud interesse non excedere debet duplum, nisi dolus subsit *l. 43. de act. emt. l. unic. C. de sentent. quæ pro eo, quod interest.* Quia

enim

enim illud intereſſe ſæpe numero in inmenſam excreſcit quantitatem, ideo *Juſtinianus* illud in anguſtam coarctavit, & modum præfixit, ita, ut duplum pretii non excedat, ne homines non rarò juſto errore alienas res pro ſuis alienantes à commerciis deterreantur. Et huc etiam referri poſſunt impenſæ in litem factæ quas venditor refundere tenetur, ſi emtor ſuccubuerit & condemnatus ſit: Cujus enim culpâ damnum contigit, ad ipſum ſpectare debet *l.* 43. *de act. emt. Wiſſ. tit. de evict. n.* 25. Si tamen litem obtinuit, ab auctore non repetet *arg. l.* 18. *C. de evict.* quia injuria à meo adverſario mihi illata non debet ad venditoris injuriam retorqueri *l.* 51. *ff. eod.* Et ſumtus in rem facti, quos emtor repetit, ſi illos ab evincente conſequi non potuit *Struv. exer.* 27. *th.* 18. *in fin.* Scilicet, ſi emtor rem evictam ipſe non poſſederit. Nam videndum, utrum poſſideat rem evincendam, an non. Si prius, tunc contra evincentem poteſt tamdiu ſe tueri jure retentionis, & oppoſitâ doli mali exceptione, doneo ipſi impenſæ in rem factæ fuerint reſtitutæ *l.* 33. *in fin. de condict. indeb. l.* 14. *de dol. mal. & met. except. l.* 45. §. 1. *de act. emt.* Qvod ſi non fecerit, ſibi jacturam impenſarum debet imputare *l.* 29. §. 1. *ff. de evict. Bechman. d. diſſ. de evict. n.* 196. Sin poſterius, tunc contra dominum evincentem nullam actionem habet, ſed contra venditorem vel authorem habebit actionem ex emto *l.* 9. *C. de evict.* Vel præſtatur evictio ex ſtipulatione, quando illa interceſſit *l.* 5. *ff. de V. O. l.* 31. *ff. de evict.* Dupliciter autem talis ſtipulatio concipi poteſt, vel *primò* indefinitè & generaliter, cum rem habere licere promittatur non tantùm per venditorem, ejusque hæredes, ſed per quoscunque etiam alios *l.* 38. *l.* 83. *de V. O.* *Deinde* reſtrictivè, quando videlicet venditor promittit, per ſe hæredemque ſuum non fieri, quò minus habere liceret. Et hujus cautionis effectus tantùm reſtringitur ad venditorem hæredesque illius, ita, ut ſtipulatio non committatur, ſi extraneus evincat *l.* 12. § *ult. de act. emt.* Plerumque tamen ſtipulatio ſimpli vel dupli

eſſe

esse solet *Sithm. in Nucl. ff. de evict. p.* 503. Ubi simpli est, quando in casum evictionis simplum scilicet pretium, promittitur *l.* 56. *ff. de evict.* vel quando pretium prorsus non determinatur, quia in simplici stipulatione, rem habere licere, semper intelligitur simplum *l.* 60. *ff. eod.* Dupli stipulatio est, si venditor, evictâ re, duplum, non quidem bonitatis rei, sed pretii conventi promittit *l.* 48. *eod.* Quæ tamen non ubivis, sed cum prædium vel alia res non contemptibilis, hoc est, magni valoris, ut margarithæ, vestes sericæ &c. venit, locum sibi vendicat *l.* 37. §. 1. *ff. eod.* Et hæc olim apud Romanos admodum fuit usitata *Frantz. comm. ff. ad tit. de Evict.* Et si venditor ita cavere nollet, poterat cogi actione ex emto *l.* 2. *ff. eod. Struv. exer.* 27. *th.* 19. Sed hodie rarus hujus cautionis dupli est usus *Brunnem. ad d. l.* 2. & præ illa frequens est naturalis evictionis præstatio, quæ in restitutione pretii & interesse solutione consistit *Bechman. ad ff. tit. de evict. num.* 25. *Sith. in Nucl. ff. tit. de evict. p.* 504. Interdum etiam triplum & quadruplum promittebatur, sed ultra nemo obligabatur *Gothofred. in not. ad d. l.* 56. *ff. de evict.* Unde datur actio ex stipulatu vel ad simplum, *l.* 60. *ff. eod.* vel ad duplum pretii, etsi minoris intersit *l.* 17. *l.* 48. *ff. eod.* vel triplum vel quadruplum *Frantz. tit. de evict. n.* 952. *Struv. d. exer.* 27. *th.* 19. siquidem hæc actio ex stipulatu, quæ est stricti juris, semper persequitur certam ac determinatam quantitatem, simplum scilicet, vel duplum vel triplum pretii numerati, scil. tempore contractûs conventi, prout stipulatio concepta, & ideo nec augmentum nec demunitionem recipit, & non attenditur, an ex post facto res melior vel deterior facta sit *l.* 64. *ff. eod.* sicuti in actione ex emto, in qua pretium non ex tempore contractûs, sed evictionis æstimandum *l.* 70. *ff. eod. Struv. exer.* 27. *th.* 19. *Brunnem. ad l.* 64. *ff. eod.* Non verò solùm ob totam rem, sed etiam ob partem evictam agitur *l.* 1. *pr. l.* 39. §. 2. *l.* 5. *ff. de evict.* Et quidem destinguendum est inter partem homogeneam seu simularem, quæ ejus-

ejusdem cum toto eſt nominis *Ex. grat.* quælibet particula fundi, auri, argenti &c. & partem heterogeneam, ſeu disſimularem, quæ diverſum à toto nomen habet *Ex. grat.* manus non eſt homo,ſed pars hominis heterogenea *l.* 56. §. 2. *ff. de evict.* Jam verò, ſi pars homogenea. ſeu ſimularis, eſt evicta, tunc vel ex ſtipulatu, ſi evictio per ſtipulationem eſt promiſſa,vel ex emto actio inſtitui poteſt *l.* 1. *pr. ff. de evict.* Siquidem hæc actio eſt generalis, & neque per ſtipulationem ſimplæ, neque duplæ novatur, ſed cum ea rectè concurrit, ita ut, ſi emtor ex ea id, quod ſuâ intereſt, planè conſequi non poſſit, regreſſum ad actionem ex emto habeat *Frantz. tit. de evict. n.* 853. *& ſeqq. Bechm. diſſ. de evict. n.* 203. Si verò pars heterogenea eſt evicta, tunc non habet locum actio ex ſtipulatu, ſed ex emto agendum eſt *l.* 23. §. 1. *de uſucap. l.* 36. *l.* 61. §. 2. *ff. de evict. Struv. exer.* 27. *th.* 21. Ratio eſt, quia pars ſimilaris eſt ejusdem nominis cum toto, & quodammodo cum toto eadem, unde etiam ſtipulatio de ea parte eſt intelligenda: Sed ſi pars diſſimilaris evicta, *Ex. grat.* columna ædium, tunc ſtipulatio, quæ eſt ſtricti juris, non videtur de illa intelligi, quia illa pars eſt à toto diverſa. Verùm hoc etiam poteſt inter tricas inutiles referri, quia talis ſubtilitas hodie in praxi & foro vix obtinebit, dum parùm intereſt quoad ipſam partem evictam, utrum pars heterogenea, ſeu diſſimilaris,per actionem ex ſtipulatu,an verò per actionem ex emto evincatur, ita ut ratione objecti diſcrimen inter actionem ex ſtipulatu & actionem ex emto non amplus hodie in foro obſervari putemus.

V.

Qui rem mobilem hæreditariam antè vel poſt hæreditatem aditam, nondum tamen ab hærede poſſeſſam, intervertit & ſurripit, crimen expilatæ hæreditatis committit *l.* 1. *l.* 2. §. 1. *ff. expil. hæred.* Cum enim non adſit poſſeſſor, cui tantùm furtum fieri poteſt, nec jacens hæreditas, quantum ad poſſeſſionem (quæ mortuo poſſeſſore extinguatur neceſſe

eſt,

est, cum facti sit & animi, seu, quæ in detentione cum animo sibi habendi consistat, adeoque in detinente mortuo & ipsa detentio, quæ factum personæ est, pereat *l. 1. §. 15. si quis testam. liber. ess. juss. Covarr. var. res. lib. 3. cap. 5. Struv. exer. 42. thes. 17.*) vicem defuncti sustineat *l. 2. fin. ff. expil. hered.* ideo in locum deficientis actionis pœnalis furti datur actio expilatæ hæreditatis *l. 68. ff. de furt. l. ult. C. eod.* Cujus pœna est arbitraria pro modo admissi, vel carceris, vel mulctæ, vel relegationis, vel interdum corporis P. H. O. *art. 165. Struv. exer. 48. th. 108 Carpzov. quæst. 83. num. 76. & 78. Engelcrecht ad d. tit.* Non obstante *l 22. §. 10. C. de jur. delib.* quam non loqui decrimine expilatæ hæreditatis verba ipsa luculenter ostendunt *vid Swendend. ad tit. expil. hared. §. 2.* Si vero noverca ante aditam hæreditatem & apprehensam possessionem rem surripuerit, & post aditionem & apprehensionem continuet contrectationem, tunc noverca furti conveniri potest *Castrens. ad leg. 11. C de furt. num. 2.* Non obstante *l. 9. pr. ff. de furt.* Ubi dicitur: Ei, *qui furti actionem habet, assidua contrectatione furis non magis furti actio nasci potest, ne in id quidem, in quod crevisset postea res surrepta:* Quæ loquitur de furti actione semel nata postea non augenda. Verum hæc juris est subtilitas, quasi non sit, cui furtum fiat; Simplicius enim & justius foret, pœnâ furti civili teneri etiam expilatorem, qui omnino rem alienam surripuit; Imò putamus, expilatorem magis delinquere, quam furem, quia securius hic peccatur in expilatione rei à nemine possessæ; Et deinde in furto concurrit regulariter culpa possessoris, sed hic in expilatione nemo possidet; Et denique hoc delictum est frequentius teste experientiâ. Unde etiam hoc crimen furtum improbum esse legitur in *l. 12. C. ex quib. caus. infam. irrog.* Et hujus actionis usum esse exiguum post *Anton. Fabr.* etiam contendit *Peretz. in Cod. ad d. tit. expil. hared. n. 8. Vinn. ad §. 1. inst. de furt.*

VI.

VI.

Servitus in genere eſt jus in aliena re conſtitutum, quò libertas, domino aliàs in re ſua competens, adimitur ita, ut ad alterius utilitatem aliquid in ſuo pati teneatur, vel non facere *l. 15. §. 1. ff. de ſervit. l. 5. §. 9. ff. de nov. oper. nunciat. l. 86. d. V. S. Struv. exer. 12. th. 1.* Dividitur verò in *Perſonalem*, quando nimirum res perſonæ proximè ſervit, & ita utilitas ex re illa in ipſam perſonam immediatè per ſe, & tanquam πρῶτον redundat: Vel *Realem* ſeu predialem, ubi res rei ſervit ὡς πρώτῳ, immediatè & tanquam ſubjecto primo, adeoque exinde obtingens commoditas perſonæ non niſi καθ' ἄλλό τι πρῶτον, mediatè, ſive per aliud primum, obvenit: Et dicitur prædialis à prædiis, quibus hæc ſervitus debetur *§. 4. inſt. de ſervit. prad. l. 1. §. 1. ff. comm. pred. l. 32 ff. de uſufr.* Quorum alia ruſtica *l. 180. l. 198. de V. S. l. 4. §. 1. ff. in quib. cauſ. pign. tacit.* alia Urbana *§. 1. inſt. de ſervit. prad. l. 1. ff. comm. prad.* Quæ non differunt locô, neque materiâ ex qua, ſed materiâ circa quam & uſu *d. l. 198. l. 16. C. de prad. min. Struv. exer. 13. th. 5. Sutholt. diſſ. 5. §. 17. Gœbuſ. part. 3. per 1. quaſt. 6.* Atque ab hac diverſa qualitate prædiorum dicitur alia ſervitus ruſtica, quæ prædio, ruſticum uſum habenti, debetur à prædio vicino alieno *pr. inſtit. de ſervit prad.* qualis eſt iter, actus, via, aquæ ductus &c. Alia urbana, quæ prædio, uſum urbanum habenti, à prædio vicino alieno debetur *§. 1. inſt. de ſervit. prad. Struv. exer. 13. th. 8.* Cujusmodi eſt ſervitus oneris ferendi, *l. 33. ff. de ſervit. urb. prad.* Die Bürde oder Laſttragung der Gebäude: Servitus tigni immittendi *l. 2. l. 20. ff. de S. U. P.* Traum Recht. Servitus ſtillicidii *l. 2. l. 20. §. 2. ff. de S. U. P.* Daß der Trauff auf des Nachbahren Dach oder Hoff falle. Servitus altius tollendi *§. 2. inſt. de act. l. 2. ff. de S. U. P. l. 5. ff. de ſervit.* Vel non tollendi *§. 1. inſt. de ſervit. prad. l. 9. l. 24. de S. U. P.* Servitus luminum *l. 4. l. 16. ff. de S. U. P.* Talia verò prædia debent eſſe *primò* vicina *l. 5. ff. de S. R. P. l. 28. l. 39. ff. de S. U. P.* Ubi tamen vicinitas

nitas non ex prædiorum contignitate & continentia, sed ex usu & commoditate utendi æstimando est *l. 7. §. ult. l. ult. ff. de S. R. P.* *Deinde* debent ita esse comparata, ut dominans utilitatem capiat ex prædio serviente *l. 15. pr. & §. 1. ff. de servit. l. 16. ff. comm. prad.* *Denique* requiritur, ut in hisce prædiis causa sit continua & perpetua, ita, ut possimus servitute, sive actu sive potentiâ, perpetuò uti, atque inde facultas utendi semper adsit *l. 28 ff. de S. P. U. l. 19. ff. de serv. Harprecht ad inst. §. 4. de servit.* Ratio est, quia, postquam semel constituta servitus, prædio perinde, ut alia qualitas naturalis, cohæret. Unde aqua ex torrente, qui æstate siccatur, vel stagno, quod non suâ naturâ, sed temporalem aquam habet, vel ex lacu, qui perpetuus non est, non ducitur *d. l. 28. ff. de servit prad. urb.* Neque aquæ ductus imponitur aquæ, quæ machinis & organo hydraulico tollitur *Zoes. ad tit. ff. de S. P. U. n. 8. Mantz. de servit. prad. n. 4.* Verùm illa lex *alleg. 28. ff. de S. U. P.* magis est subtilior, quàm utilior; Unde moribus nostris hæc scrupulosa juris subtilitas, quam, ut alia multa disputatio JCtorum teste *Bachovio ad Wes. tit. comm. prad. n. 11.* induxit, non amplius attenditur. *vid. Brunnemann. ad d. l. 28. num. 5. Schilterus ad ff. exer. 18. th. 16.*

VII.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salvâ rerum substantiâ §. 1. *inst. de usufr. l. 1. ff. de usufr.* In qua definitione loco generis ponitur jus, relatione habitâ ad fructuarium, tanquam partem dominantem, cum omnes servitutes dicantur jura, & definiri soleant respectu ejus, cui sunt constitutæ. Differentia specifica est desumta ab objecto, fine & forma. *Objectum* sunt res alienæ, quod est commune omnium servitutum, ut sint in alieno *l. 26. de S. U. P. l. 5. si usufr. pet.* *Finis* est uti frui: Ubi jus utendi tribuit fructuario, ut rem fructuariam tractare & exercere possit ad usum & suam commoditatem, ut tamen id faciat secundum rei conditionem, eamque exerceat ad illum usum, ad quem na-

naturâ, aut patrisfam. instituto est parata *Ex. grat.* ædibus, ut ædibus, utendum ad inhabitandum, fundo ad fructus capiendos, servis ad operas, vestimentis ad induendum, cæterisque rebus secundum suam naturam, extra quam, qui utitur, abutitur *l. 13. §. ult. l. 15. §. 1. de usufr.* Jus fruendi ei hoc tribuit, ut omnes fructus percipere possit, & percipiendo sibi acquirat, non tantùm naturales, sed etiam civiles *l. 7. l. 9. l. 59. §. 1. ff. de usufr.* Unde his verbis removetur à fructuario jus omne in rem præter usum & fruitionem, sicuti rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumissio & proprietatis oppignoratio *l. 6. l. 9. C. de usufr.* Amittitur verò ususfructus inter alia mutatione rei ac interitu *l. 5. §. ult. ff. eod.* nec, domô collapsâ, manet in areâ *d. l. 5. § pen. l. 10. §. 1. ff. eod.* § 3. *inst. de usufr.* quia sublatâ superficie, dum ædes amplius non sunt aut nominantur, forma rei mutata intelligitur, ideoque nec areæ, quæ adhuc superest, licet pars ædium fuerit *l. 21. de pign. act. l. 98. in fin. de solut.* ususfructus debetur. Incidente enim tali mutatione res amplius eum usum præstare aut pati non potest, qui fuit tempore facti testamenti, & quem solùm testator legasse censeri debet, non alium, quem aliquando res mutata præbere posset, atque omnino finitô eo usu, quem tunc res habebat, solidam proprietatem ad eum pertinere voluisse, cui illam nudam interim reliquerat: Constat enim, longe alium usum esse ædium, & alium areæ *l. 70. § 3. de usufr.* Licet aliud sit in proprietate legata, cujus differentiæ rationem tradit *Vinn. ex Bachovio ad §. de usufr.* Et quidem ita ususfructus extinguitur, ut nequidem ædibus restitutis redintegretur *l. 10. §. 7. ff. de usufr. l. 36. ff. eod. Struv. exer. 12. th. 35.* ne diu inutilis maneret proprietas & quia alia domus facta *Zoes. tit. de usufr. n. 22.* Quamvis aliud sit in servitutibus realibus *l. 20. §. 1. de S U. P.* Nam si ædificium serviens pereat, & aliud extruatur, utilitas, seu equitas exigit, ut idem intelligatur & servitus prædialis restituatur *l. 20. §. 1. l. 31. l. 33. de S. U. P.* cujus differentiæ

rentiæ rationem tradit *Struv. exer 13. th. 55.* Hîc enim subtilitatem leges sequuntur, ut eò citius ususfructus ad proprietarium redeat *Donell. lib. 10. c. 18. lit. b. Frantz. tit. Quid. mod. ususfr. num. 7. Brunnem. ad l. 10. ff. eod. n. 10. Mullerus in not. ad Struv. d. t. th. 35.*

VIII.

Dominum proprietatis ne quidem consentiente usufructuario servitutem imponere posse dicit *Ulpianus* in *l. 15. §. ult. ff. de usufruct.* Subjicitur tamen à *Paulo* in *lege subseq. 16.* talis limitatio; Nisi deterior fructuarii conditio non fiat, *Ex. grat.* Si vicino constitueret servitutem de ædibus altius non tollendis, siquidem talis servitus usumfructum non impediret. Quam *Ulpiani* decisionem alii, tanquam duram & iniquam, improbant, teste *Arum. disp. ad ff. 9. th. 2.* Illamque miram vocat *Wiss. ad ff. tit. de usufruct. n. 8.* Cum liceat unicuique conditionem suam deteriorem facere paciscendo *l. 46. ff. de pact.* & proprietarius rei suæ quodammodo videatur imponere servitutem *l. 25. de V. S.* Rationem tamen ejus *Brunn. in exer. 7. ad inst. tit. 3. §. 3.* ex *Donello lib. 16. comm. 11.* suppeditat, quod servitutis impositio sit species alienationis *l. ult. C. de reb. alien. non alien.* Jam vero, sicuti alienatio ab usufructuario fieri nequit, ita neque alienanti consentire potest, ex regula juris in *l. 165. de R. I. Qui alienare non potest, nec alienanti consentire potest.* Cujus tamen Regulæ applicationem *Wissenb.* dicit neque scitam neque justam. *Struvius* noster *exer. 12. th. 21.* rationem *Fulgosii* approbat, scilicet usufructuarium non posse imponere servitutem, quia non esset dominus, nec posse eum per suum consensum jus proprietarii diminutum facere integrum, usufructu remanente. Nos credamus hîc adesse juris subtilitatem, dum JCti habuerunt interdum spinosiores rationes: Et si talis casus contingeret, dubitari posset, an juxta hanc legem 15. §. *ult. ff. de usufr.* spinosam ob rationem procul dubio scrupulosiorem responderi debeat? Nam si tàm proprietarius, quàm usufructuarius consentiat, tunc

 nul-

nullius amplius intereſt, quò minus ſervitus imponatur; unde etiam hodie ſine dubio aliud obtinebit. vid. *Brunnemann. ad d. l. 15. in fin. Dn. Strick. in annot. ad Lauterb. tit. de ſervit. pag.* 244.

IX.

Uſusfructus promittitur vel per conventionem inter vivos, vel per ultimam voluntatem §. 1. *inſt. de uſufr. l. 3. pr. l. 37. ff. eod. Struv. exer.* 12. *th.* 9. Ubi notandum, quod, ſi uſusfructus duobus conjunctim in una & eadem re ſit legatus, & alter repudiet ſuam portionē vel amittat, tunc pars deficiens non ex neceſſitate aliqua aut diſpoſitione juris, ſicuti in hæreditatibus, ſed ex præſumta teſtatoris voluntate, eandem rem pluribus legantis, accreſcat Collegatario. Quæ conjunctio hominis fit tripliciter, vel *Re tantùm*, ubi eadem res disjunctis, ſive diverſis orationibus, pluribus eſt relicta; *Ex. grat.* Titio do lego uſumfructum fundi tuſculani; Sempronio do lego eundem uſumfructum. Qui conjuncti etiam disjuncti & ſeparati nonnunquam, reſpectu habitô ad figuram verborum, in jure vocantur §. 8. *inſt. de legat. l. unic.* §. 11. *C. de cad. toll.* Vel *verbis tantùm*, quando unâ oratione eadem res, ſed æquis partibus, pluribus eſt data, *Ex. grat.* Titio & Sejo fundum tuſculanum ex æquis partibus do lego, Vel *re & verbis ſimul*, quando eâdem oratione una & eadem res absque partium expreſſione pluribus relicta *Ex. grat.* Titio & Sejo Stichum do lego §. 8. *inſt. de legat. l. 142. ff. de V. S. l. 89. de legat.* 3. *l. unic.* §. 11. *C. de cad. toll.* Jam verò quôcunque modô conjunctio fuerit facta, jus accreſcendi habet locum, etiam, quando conjunctio tantùm verbis eſt facta: Quæ ſententia *primò* probatur ex generalitate textuum, qui in conjunctione verbali indiſtinctè admittunt jus accreſcendi §. 8. *inſt. de legat. l. unic.* §. 10. & 11. *C. de cad. toll. l. 142. ff. de V. S.* Jam verò conjunctio verbis ſimplex eſt utique conjunctio verbalis, Ergo etiam in ea procedet jus accreſcendi per regulam, quod textus generaliter & indiſtinctè loquentes ita etiam veniant intelligendi *l. 11. §. 4. ff. de publ. in rem act. l. 1. §. 1. ff. de legat. praſt.* *Deinde* per

l. 16.

l. 16. §. fin. ff. de legat. 1. ubi ita responsum est: *Si testator Titio & postumis viriles partes dari voluisset. vel etiam id expressisset, non natô postumô totum legatum Titio deberi:* Quæ dispositio vix potest intelligi sine conjunctione verbali simplici. Nec valet responsio *Harprechti ad d.* §. 8. existimantis, dictam legem 16. intelligi debere de conjunctione mixta, quasi scilicet testator *primò* mixtim Titium & postumos conjunxerit, & postea disposuerit de novo, ut viriles partes acciperent, quia illa responsio est divinatoria, nec enim geminatæ hujus dispositionis potest ullum fundamentum firmum ex textu afferri. *Tertiò* habetur textus stringens in *l. 89. ff. de legat.* 3. ubi verbis tantùm conjunctus in jure accrescendi expresse præfertur re tantùm conjuncto, quod certè dici non potuisset, nisi jus accrescendi etiàm in verbali tantùm conjunctione haberet locum. Cui nostræ sententiæ non obstat, quod *Imp.* nec in *d. §. 8. inst. de legat.* nec in *d. l. unic C. de cad. toll.* ullam faciat conjunctionis verbalis tantùm expressam mentionem, cum tamen in illis locis ex professo de jure accrescendi tractet; Ergo non est probabile, quod in hac conjunctionis specie jus accrescendi locum habeat. Verum Nos respondemus, consequentiam esse nullam. Quamvis enim *Imp.* nec in *Instit.* nec in *Cod.* dictis locis mentionem expressam fecerit de verbali tantùm conjunctione, illam tamen sub generali conjunctionis nomine, quod satis est, haud obscurè comprehendit, præcipuè, cum in aliis locis ejus manifestè facta sit mentio, uti dictum. Neque obstat *l. 80. de legat.* 3. ex qua sic argumentantur dissentientes: Ubicunque ab initio partes relinquuntur, non verò totum singulis, ibi cessat jus accrescendi. Atque in conjunctione verbali simplici partes ab initio relinquuntur, non totum singulis, Ergo. Quò etiam referri solet *l. 3. pr. ff. de usufruct. accresc.* Verùm respondemus, minorem propositionem negando, quod scilicet in conjunctione verbali simplici non tribuatur singulis totum relictum, siquidem veritas rei est in contrarium, cum partes à testatore expressæ

243

non concernant ejus absolutam dispositionem, sed referantur tantùm ad casum concursûs. Nam probè inspicienda venit vis & natura verbalis conjunctionis, in qua testator, licet faciat mentionem partium, tamen etiam totum quid sub unitate sermonis pluribus reliquit. *Ex. grat.* Ædes sempronianas *Titio* & *Mævio* ex æquis partibus do lego, tunc partium illa expressio respicit tantùm ex mente testatoris casum concursûs, & si verbalem conjunctionem in plures propositiones virtualiter contentas resoluturi essemus, tunc hic foret proprius sensus & intentio: Ædes Sempronianas *Titio* do lego, easdem & *Mævio* do lego; singulis totas: Si verò post mortem meam superfuerint, & legatum ædium agnoverint, volo, ut ex æquis partibus easdem sibi habeant. Quæ certè explicatio verbalis conjunctionis & legibus & verbis testatoris, ac cæteris etiam conjunctionum speciebus maximè est congrua. Unde accuratè cognoscendum est, partes ejusdem rei ab initio pluribus relinqui posse dupliciter, primò *absolutè* & *objectivè*, quando *Ex. grat.* testator tantùm singulis ejusdem rei partes, licet sub unitate sermonis, attribuit, uti si diceret: Æquales partes ædium mearum *Titio* & *Mævio* do lego: Vel ita: dimidias partes ædium mearum *Titio* & *Mævio* singulis do lego. In qua specie planè negamus, *Titium* & *Mævium* conjunctos esse ullô modô, sive verbis, sive re, sive re & verbis simul, idque propter *d. l.* 80. §. *de legat.* 3. Deinde *eventualiter* & *relativè* ad casum concursûs, quando nempe singulis totam rem relinquit, quam tamen voluit inter illos in concursu esse communem: Et hoc est, quod dicere solemus, partes fieri concursu: Nam licet una eademque res *Ex. grat.* pluribus ac singulis sit tota legata, non tamen est singulis illis pluribus tota, scilicet uni in naturâ, sed cæteris per æquivalentem æstimationem præstanda, nisi id testator specialiter expresserit per *text.* in *l.* 33. *ff. de legat.* 1. *d. l. unic.* §. 11. *C. de cad. toll.* ne alioquin hæres sine manifestâ testatoris voluntate nimium gravetur, sed si omnes legatarii supervivant, & legatum agno-

agnoſcant, ſcinditur inter eos legatum, ut ſinguli accipiant *vid. Struv exer. 12. th. 28. Vinn. ad* §. 8. *inſt. de legat. p.* 427. *n.* 6. *Suthols. diſſ.* 10. *§.* 67. *Bachov vol.* 2. *pag.* 780. Ubi in utramque partem multa argumenta habet, ſed in ſententiam affirmativam inclinat, quæ in praxi obſervatur *Wiſſ. tit. de uſuf. accreſc. th.* 10. *Brunnem. ad l.* 1. *n.* 6. *ff. eod.* Licet diſſentiant *Borcholt. ad d.* §. 8. *inſt. de legat. Fachin. lib.* 5. *controv. cap.* 50. *Zoeſ. tit. de legat. n.* 5. Quamvis *Grot. lib.* 2. *manuduct.* 23. ſcribat, apud nos in toto hoc argumento non usque adeo ſubtilitatem juris civilis attendi, ſed ejus præcipuè rationem haberi, quod propius abeſſe videtur à ſententia & mente teſtatoris, idque æſtimari non ex verbis tantùm & rei pretio, verùm etiam ex conditione & qualitate, tum teſtatoris, tum legatariorum. Interim duo ſunt ſpecialia & propria juris accreſcendi in uſufructu, quorum primum eſt in parte deficiente & accreſcente, in qua hoc ſingulare, quod & quæſita & deinde amiſſa, fortè per capitis dominutionem, non veniat ad proprietatis dominum, ſed jus accreſcendi admittat, ſeu conjuncto collegatario accreſcat *l.* 1. *§.* 3. *ff. de uſufr. accreſc.* Exceptô caſu in *l.* 57. §. 1. *ff. de uſufr.* ubi teſtator libertis ſuis per fideicommiſſum reliquit certorum prædiorum uſumfructum cum hac adjectione ob alimenta. Poſtea unus ex libertis moritur, tunc ejus portio cæteris libertis non accreſcit propter illa verba, ob *alimenta*, dum ex hoc additamento apparet, teſtatorem voluiſſe non plus quemlibet libertum habere debere, quàm ut vitam ſuam toleraret; Ergo portio mortui ad hæredem recurrit *Brunnem. ibid.* Et illa verba: ob *alimenta:* taxationis gratiâ ponuntur *Gloſſ. ibid.* Quod in proprietate duobus relicta ſecus eſt, ubi nunquam unius portio, quá ſemel agnovit, alteri collegàtario vel cohæredi accreſcit, ſed potius pro derelicto habita conceditur occupanti *Gloſſ. ad d. l.* 1. §. 3. *lit. m. Frantz. all. loc. n.* 18. & *ſeqq.* Alterum ſingulare eſt in perſona ejus, cui accreſcit, quod etiam uſusfructus accreſcat illi, qui partem ſuam jam amiſit *Ex. grat.* uſusfructus eſt relictus duobus: Unus lite conteſtatâ amiſit ſuam partem, forte per in-

juriam judicis: Alter verò, qui litem non est contestatus, etiam amiserat suam partem, fortè non utendo vel repudiando, tunc illius portio, injuriâ judicis amissa, nihilominus venit ad alterum jure accrescendi *l.* 10. *ff. de jure accresc.* Cum enim non rei, sed possessori cohæreat, ideo portio vacans non accrescit portioni, sed personæ *d. l.* 10. *l.* 33. *§.* 1. *ff. de usufr. Struv. exer.* 12. *th.* 29. Quod etiam non obtinet in proprietate pluribus legata, vel pluribus ad candem hæreditatem vocatis, ubi ita demum deficientis, seu legatarii seu hæredis, portio accrescit alteri, si is suam portionem agnovit & agnitam habet *l.* 53. *§.* 1. *ff. de acquir. hared. l.* 3. *§. ult. & duab. seqq. de bon. poss. l. unic. §. his ita C. de cad. toll. Vinn ad* §. 4. *inst. de usufr.* Quicquid tamen sit, illa lex 10. *ff. de usufr. accresc.* tanquam subtilis, & spinosa parùm succi habet, & per consequens in foro nostro parùm utilis, teste *Brunnem. ad d. l.* 10. *n.* 1. *&* 2.

X.

Emtio venditio est contractus consensu initus de re certa pro certo pretio tradenda *l.* 1. *ff. de contrah. emt. pr. inst. eod.* Ille consensus declaratur vel simpliciter & purè, quo casu confestim emtio & venditio, tàm respectu emtoris, quàm venditoris, est perfecta, & statim obligatio & actio competit *l.* 2. *l.* 13. *de V. S.* §. 2. *inst. de V. O.* Vel adjecto certo die, (cum dies incertus, an sit exstiturus, sit instar conditionis *l.* 21. *l.* 22. *quando dies leg. ced.*) quo casu, si adjiciatur ut terminus ad quem *l.* 80. *§.* 2. *ff. de contrah. emt.* tunc est pura emtio, & statim omne, quod sibi invicem ex hoc contractu debent contrahentes, efficaciter petunt, sed die præfinitô præterlapsô exceptione pacti vel doli finitur §. 3. *inst. de V. O. l.* 56. §. 4. *eod. l.* 44. §. 1. *de O. & A.* Sin verò adjiciatur, ut terminus à quo, seu post cujus lapsum liceat petere, tunc obligatio statim à tempore perfecti contractûs adest, licet cum effectu ante ejus existentiam actio institui non possit *d.* §. 3. *de V. O. §.* 33. *inst. de act. §. pen. inst. de except.* Vel sub conditione honesta & possibili, quo casu obligatio & actio differtur, ut deficiente conditione contractus

retro

retro sit nullus *l. 37. ff. de contrab. emt.* illâ verò existente perfecta sit emtio, & perinde habeatur, quasi ab initio purè contractus sit initus *l. 7. pr. eod. l. 213. de V. S. l. 8. de peric. & comm. rei vendit. Struv exer. 23. th. 23.* Si verò rem purè emerim, & eandem postea sub conditione emero, tunc dicitur in *l. 7. pr. ff. de rescind. vendit.* quod in posteriori actione nihil agatur, seu, quod prior emtio valida maneat, sed posterior sit irrita, sicuti quando aliquem purè quis instituisset hæredem, & postea sub conditione, quod prius testamentum non fiat irritum, quia est satis perfectum *l. 27. §. 1. de hæred. instit.* Verùm annon subtilis magis, quàm utilis sit hæc lex, nescimus. Nam si prius quis emisset purè domum, cur non liceret ambobus à contractu puro discedere, & novum aliumque contractum facere? Cum mutuô dissensu aut contrariâ voluntate contractus, consensu constantes; re integrâ rectè dissolvantur §. 4. *inst. Quib. mod toll. obligat. l. 35. de R. I. Struv. exer. 47. th. 80. Vinn. ad inst. pag. 713.* Et nemo postea conditionaliter est emturus, nisi animum discedendi à primo contractu habuerit.

XI.

Servi, ut Servi, legatorum non sunt capaces *l. 3. ff. de his, quæ pro non scrip.* Quamvis *primò* ex personis dominorum illis legari possit *l. 12. §. 1. ff. de legat. 1.* Ubi, si dominos habeant capaces, possunt hæredes institui & dominis suis acquirunt: Et *deinde* respectu libertatis consequendæ hoc fieri possit *l. 91. §. 1. de legat. 1. Ex. grat.* Quando servis meis in testamento dedi libertatem, tunc respectu libertatis illius consequendæ possum illis legare *d. l. 91.* Unde sequitur, quod, domino hærede institutô, rectè quidem servo possit sub conditione legatum relinqui, cum legata conditionalia vires capiant à conditionis eventu, vel in legatis sub conditione relictis requiratur capacitas eo tempore, quo istorum legatorum dies cedit, scil. conditione existente *l. 4. l. 5. l. 21. pr. ff. Quand. dies legat. l. unic. §. 7. C. de cad. toll. Struv. exer. 36. th. 47.* Sed purè inutiliter, licet vivô testatore de potestate domini, hæredis instituti, exierit, se-

ſecundum regulam catonianam in *l. 210. ff. de R. I.* §. 32. *inſt. de legat.* quia, quod ſervo purè legatur, ipſi domino legari intelligitur, quod à juris ratione eſt alienum, neque natura patitur, ut idem ſibi ipſi ſit creditor atque debitor. Unde etiam, quotiescunque accidit, ut creditoris & debitoris jura in unam eandemque perſonam concurrant, tunc obligatio confunditur & extinguitur, quia nemo ſibi ipſi poteſt eſſe obligatus *l. 21. §. 1. de liber. legat. l. pen. ff. de ſolut. Struv. exer. 47. th.* 84. Sed ex contrario, ſervô hærede inſtitutô, poteſt ejus domino non tantùm ſub conditione, ſed etiam purè legatum relinqui, §. 33. *inſt. de legat.* Hæres enim ſi dominus inſtituatur, & ſervo legetur, tunc impoſſibile eſt, poſt mortem teſtatoris legatum acquiri, non verò hæreditatem, ſeu impoſſibile eſt, dominum fieri legatarium, & non ſimul hæredem, quia, niſi adeatur hæreditas & exiſtat hæres, teſtamentum deſtituitur, & cadunt omnia in eo ſcripta, & per conſequens etiam legata *l. 14. l. 29. C. de fideicomm. l. 189. ff. de R. I.* Sed ſi ſervus hæres inſtitutus, & domino legatum relictum, tunc poſſibile eſt, dominum legatum conſequi absque hæreditate. Nam *primò*, ſi ſervus alienetur, vel manumittatur, tunc ſpes eſt, novum dominum juſſurum eſſe, ut ſervus adeat, vel ipſum ſervum manumiſſum aditurum. *Deinde*, ſi dominus hæres inſtitutus, & ſervo legatum relictum eſt, tunc dominus impedire nequit, quò minus ſibi legatum acquiratur, cum ſervus, quicquid acquirit, domino acquirat, etiam invito & ignoranti *§. 3. inſt. per quas perſon. cuique.* Sed benè poteſt impedire dominus, ſi ſervus hæres inſtituatur, quò minus hæreditatem acquirat, dum ſervus non, niſi juſſu domini, adire debet §. 1. *inſt. de hæred. inſtit.* Ergo non, niſi volenti, acquirit. Interim hodie tales ſubtilitates, quæ de ſervis romanis hoc in caſu traduntur, non amplius in foris noſtris habent uſum.